

"  
Juan Alfonso Santomá Pastor; Principios  
de derecho Administrativo; Edet.  
Cenra, Madrid 1999, V.II

13

## CAPÍTULO DECIMOSÉPTIMO

### LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN

SUMARIO.—I. LA ORDENACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS. A) Administración y actividades con incidencia en el interés general. B) La policía: evolución de un concepto. 1. La noción de policía en el marco del Estado absoluto. 2. La supervivencia de la noción de policía en el Estado constitucional. C) Los principios del régimen jurídico de las técnicas de ordenación. 1. Los principios de carácter formal: reserva de ley y especificación. 2. Los principios de carácter material: proporcionalidad y *favor libertatis*. D) La clasificación de las técnicas de ordenación. II. LAS TÉCNICAS DE INFORMACIÓN. A) Significado y finalidad. B) Deberes de identificación. C) Deberes formales y documentales. D) Deberes de comunicación. III. LAS TÉCNICAS DE CONDICIONAMIENTO. A) Las comprobaciones. B) Las autorizaciones. 1. Concepto y naturaleza. 2. Clases de autorizaciones. a) Autorizaciones regladas y discrecionales. b) Autorizaciones simples y operativas. 3. Régimen.

men jurídico de las autorizaciones, a) *Otorgamiento*, b) *Transmisibilidad*, c) *La cláusula "sin perjuicio de tercero"*. C) **Las comunicaciones previas con reserva de oposición.** IV. **LAS TÉCNICAS ABLATORIAS.** A) **Las técnicas de disminución o privación de situaciones activas.** 1. La limitación o ablación parcial de derechos. 2. La privación o ablación total de derechos. B) **Las técnicas de creación o ampliación de situaciones pasivas.** 1. La creación de obligaciones. 2. La creación e imposición de deberes. V. **LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN DE RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS.** A) Cuestiones generales. B) La actividad registral. C) La actividad de formalización y control de negocios jurídicos privados. 1. La dación de fe pública. 2. La actividad de control. 3. La actividad constitutiva. D) La actividad arbitral.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.—J. M. DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Madrid, 1983.

## 1. LA ORDENACIÓN DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS

### A) Administración y actividades con incidencia en el interés general

Desde una cierta perspectiva, bien podría decirse que toda la actividad externa de la Administración pública (esto es, la que no se refiere a su organización y funcionamiento internos) es actividad de ordenación.

Toda organización política se basa en la existencia de un conjunto de intereses generales predefinidos: esto es, en la existencia de una imagen determinada de cuál sea la situación considerada como óptima (o meramente aceptable) en cada sector de la vida social y económica, siempre desde el punto de vista del mayor nivel de bienestar posible de la totalidad de los ciudadanos. Esto supuesto, es obvio que la actividad de la Administración debe dirigirse a asegurar que la conducta de cualesquiera sujetos se desarrolle de manera conforme a dichos intereses generales; o, al menos, que se realice sin causar lesión a los mismos.

De entre todas estas conductas y actividades cabe identificar un núcleo de ellas que poseen una incidencia especialmente intensa en la consecución de los intereses generales, tanto en sentido positivo como negativo; es lógico, por ello, que la Administración tienda a colocarlas bajo su directa responsabilidad, asumiéndolas como propias y desempeñándolas por sí (o por otros,



pero bajo su directo control). Estas actividades son calificadas, por esta razón, como servicios públicos (y, si se refieren a bienes especialmente sensibles desde esta perspectiva, el mecanismo es el mismo: se califican como bienes de titularidad pública y se gestionan directamente o bajo un régimen de control muy estricto).

Pero la mayor parte de las actividades que pueden incidir en el interés general no son asumidas directamente, claro está, por la Administración, siendo realizadas por los sujetos privados. De entre ellas, cabe separar un conjunto de actividades que, por su propia naturaleza, poseen una orientación coincidente o paralela con el interés general: son actividades positivas desde esta óptica y, por lo mismo, la Administración se limita a estimularlas y a prevenir desviaciones en su realización (p. ej., la actividad de una asociación cultural, o de una ONG). La mayor parte, sin embargo, son actividades que poseen una potencialidad lesiva para el interés general: por ello, la Administración las somete a ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación: las condiciona, en una palabra, con el fin de evitar que produzcan perjuicio al interés general. Toda esta labor de condicionamiento de las conductas privadas es, precisamente, el contenido de la actividad administrativa de ordenación.

Este tipo de actividad administrativa es también conocida tradicionalmente entre nosotros, como antes señalamos, como actividad de policía, sustantivo que, en el lenguaje usual, posee un campo semántico más restringido: hace referencia, exclusivamente, a la actividad de mantenimiento del orden público y de indagación y persecución de las actividades ilícitas (policía de seguridad) y, específicamente, a los colectivos de servidores públicos encargados de la misma (policía nacional, autonómica y local); una actividad que, ciertamente, se halla comprendida dentro de la noción de actividad administrativa de ordenación (la policía de seguridad es actividad administrativa de policía), pero que no la agota.

Esta polivalencia significativa del concepto de policía posee unas causas históricas que es preciso reseñar, y no por simple afición erudita: en el Derecho, las palabras y sus significados poseen habitualmente una función práctica capital: son vehículos de expresión, pero son también armas o, cuando menos, instrumentos diseñados o utilizados con finalidades pragmáticas notorias. El que la actividad de ordenación se conozca aún como actividad de policía es un hecho que sigue teniendo consecuencias jurídicas fundamentales; indagar en su evolución es, pues, necesario.

## B) La policía: evolución de un concepto

BIBLIOGRAFÍA.—J. L. VILLAR PALASÍ, *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, RAP 16 (1955), p. 11 y ss.; A. MONCADA LORENZO, *Significado y técnica jurídica de la policía administrativa*, RAP 28 (1959), p. 51 y ss.; A. NIETO, *Algunas precisiones sobre el concepto de policía*, RAP 81 (1976), p. 35 y ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Policía y dominio eminente como técnicas de intervención en el Estado preconstitucional*, REDA 29 (1981), p. 287 y ss.

### 1. La noción de policía en el marco del Estado absoluto

a) El término "policía" y su significación constituyen uno de los hallazgos expresivos más importantes en toda la evolución de la forma estatal que describimos en el primer capítulo de esta obra.

i) Ante todo, el término se utiliza originariamente para *describir de forma omnicomprensiva una situación satisfactoria de todos los asuntos públicos* (policía, no se olvide, proviene del griego *polis*) y, traslativamente, toda la actividad estatal dirigida a dicha satisfacción. Policía es, en definitiva, orden, situación correcta de las cosas públicas (con este significado se utiliza en uno de los primeros documentos de los que se tiene constancia, la ordenanza de Carlos VI de 1415: "pour garder le bien public [...] en très bonne police"), así como todo tipo de actividad pública dirigida a la consecución de estos objetivos, tanto la de carácter coactivo como la dirigida a fomentar la prosperidad y bienestar de la población.

ii) Pero el término policía, al hallarse dotado de una valoración positiva, se convierte en algo mucho más importante, un *título de intervención* que justifica, sin necesidad de invocar regalías o títulos patrimoniales de cualquier clase, cualquier tipo de intervención pública dirigida a lograr esa situación satisfactoria de la cosa pública. Los reyes utilizarán abundantemente esta fórmula para extender su actividad, que se justificará en las exigencias de la policía.

b) El concepto de policía experimentará, sin embargo, en los siglos XVII y XVIII, una reducción sustancial de su significado. Este fenómeno tiene lugar en los principados alemanes, en los que el término *Polizei* había adquirido una relevancia singular, y se produce a medida que la doctrina va identificando funciones públicas singulares: así,



i) de esta noción son extraídos en un primer momento los asuntos religiosos (sobre todo, en los Estados de religión reformada), los asuntos judiciales o *Justizsachen* (frente a los asuntos de policía o *Polizeisachen*), la diplomacia, la Administración militar y la financiera; tras esta reducción (que, claro está, perseguía especializar orgánicamente el ejercicio de estas funciones, sacándolas de las manos de las autoridades que hasta entonces las desempeñaban), el vocablo policía termina convirtiéndose en una expresión que alude, residualmente, a todas las restantes funciones y cometidos públicos, a la denominada "Administración interior" o *innere Verwaltung*;

ii) a fines del siglo XVIII se opera una última reducción doctrinal del concepto de policía, por obra de dos influyentes autores: J. F. von Sonnenfels distinguirá en el mismo dos componentes básicos: la seguridad (*Sicherheit*) y la comodidad o bienestar (*Bequemlichkeit*), de los que J. S. Pütter excluirá el segundo; para él, la policía se reduce a la prevención de la seguridad, a la *cura advertendi mala futura*; en tanto que la consecución del bienestar, la *cura promovendae salutis*, no debe considerarse tal; la policía será, en lo sucesivo, la acción pública dirigida a la defensa contra los peligros, la *Abwehr von Gefahren*, tesis ésta que terminará acogiéndose en el *Allgemeines Landrecht* o Derecho general territorial prusiano.

## 2. La supervivencia de la noción de policía en el Estado constitucional

BIBLIOGRAFÍA.—E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario*, REDA 5 (1975), p. 203 y ss.

a) De la evolución descrita debemos retener no sólo la reducción del significado del término policía, sino sobre todo su empleo sistemático como título de intervención pública. En el momento de extinguirse el Estado absoluto la policía era, ante todo, un poder; un poder genérico, indeterminado y expansivo, que habilitaba sin más para adoptar cualquier medida limitativa sobre los súbditos dirigida a prevenir todo tipo de perjuicios que éstos pudieran causar a la cosa pública.

b) Esta concepción de la policía resultaba abiertamente incompatible con los postulados primarios del Estado constitucional, según los cuales cada medida limitativa de la libertad de los ciudadanos requiere una habilitación específica otorgada por ley. Sin embargo, y como tantas otras técnicas propias

del Estado absoluto, la idea de un *poder general de policía*, ejercitable sin necesidad de autorización legislativa específica, se mantuvo de hecho en el seno del Estado constitucional, al conectar con las exigencias propias del sistema político burgués; este poder se caracterizará por dos notas básicas:

- i) primera, su *fundamento* se situará en la figura de la situación general de sujeción en que se hallan todos los ciudadanos, cuyo primer rasgo, se dice, es la existencia de un deber genérico de los ciudadanos de no perturbar el orden; deber cuyo incumplimiento acarrearía la puesta en funcionamiento de aquel poder;
- ii) y segunda, su *finalidad*, que se situará en la necesidad de mantener el orden público; fórmula esta cuyo contenido se fijará por la Ley revolucionaria francesa de organización de los Departamentos (Ley de 22 de diciembre de 1789-8 de enero de 1790) en un triple valor: la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

c) Este poder de policía general, más o menos abiertamente reconocido, se consideraría naturalmente residenciado en unos órganos específicos, significativamente calificados como "*autoridades gubernativas*"; el Ministerio del Interior y los órganos periféricos dotados de competencia general (prefectos en Francia; Gobernadores Civiles en España; y, por traslación, los alcaldes); los sucesivos recortes de que dicho poder fue siendo objeto con la paulatina creación de otros Departamentos ministeriales (a los que se atribuye la "policía especial" sobre su sector de actividad) no han impedido el mantenimiento de la hipótesis de que dichas autoridades gubernativas continúan ostentando una potestad y responsabilidad genérica, un "fondo de poder" indeterminado, para hacer frente a todos los peligros y agresiones de que la sociedad pueda ser objeto y, en consecuencia, para imponer a los ciudadanos cualesquiera medidas limitativas de su libertad con tal fin, sin necesidad de previsión específica ni de apoderamiento legal alguno.

## 3. Del poder de policía a la actividad de ordenación

Por sorprendente que pueda parecer, esta oscura convicción acerca de la existencia de un poder general de policía continúa aún vigente, en nuestros días, en amplios sectores de la Administración; una convicción legitimada por el temor que generan los enormes riesgos inherentes a una sociedad compleja y superdesarrollada que, se dice, ninguna norma puede prever, y reforzada por el fundamentalismo de no pocos gestores públicos profesionaliza-



dos, que se sienten irrevocablemente llamados a cuidar de las vidas de sus conciudadanos, incluso contra su voluntad.

Pero es obvio que una concepción de esta naturaleza, herencia notoria de la ideología política del absolutismo ilustrado, no tiene cabida posible en el Estado social y democrático de Derecho, cuya clave de arco no radica en la consecución de un supuesto interés general (que, por cierto, nadie sabe cuál es y del que existen tantas versiones como políticos), sino justamente en el principio opuesto, en el respeto a la libertad de los ciudadanos. En un régimen político de esta naturaleza no hay, ni puede haber, un supuesto poder general de policía o capacidad indeterminada para limitar la libertad de los ciudadanos, sino sólo un conjunto más o menos amplio de potestades singulares de intervención, conferidas en cada caso por la ley.

De ahí el peligro de contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar lo que no es más que un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación; un concepto que genera una tendencia a suponer la existencia de potestades interventoras donde no las hay, que legitima la creación de poderes implícitos o "naturales" donde no puede haberlos o, cuando menos, que propicia interpretaciones expansivas y ampliatorias de las potestades creadas por la ley, en perjuicio de la libertad. Por eso se prefiere el empleo de un nombre más neutro, como el de actividad de ordenación, que no es más que un nombre sistemático bajo el que se examinan las diferentes técnicas de intervención sobre la conducta de los ciudadanos, pero que no sienta prejuicio alguno sobre su origen ni sobre su régimen jurídico.

### C) Los principios del régimen jurídico de las técnicas de ordenación

Tras lo que queda expuesto, la definición de los principios que condicionan el establecimiento y empleo de las técnicas propias de la actividad administrativa de ordenación no ofrece dificultad especial. Tales principios son tanto de carácter formal como material.

#### 1. Los principios de carácter formal: reserva de ley y especificación

Desde el punto de vista formal, el establecimiento de poderes de intervención y ordenación se halla sometido a dos principios:

- a) De una parte, el *principio de reserva de ley*, en los términos y con el alcance que analizamos en los capítulos de este libro dedicados a las bases constitucionales y a la potestad reglamentaria:
  - i) en nuestro régimen constitucional, cualesquiera supuestos de intervención, limitación o ablación de la libertad de conducta de los ciudadanos (no sólo, pues, de los derechos y libertades reconocidos en la CE) deben legitimarse necesariamente en una habilitación conferida por norma con rango de ley; éste es, justamente, uno de los campos naturales de la actuación de la ley, frente a la tradición autoritaria que lo concebía como ámbito normal de acción de los denominados "reglamentos de policía";
  - ii) ahora bien, el que en nuestro sistema jurídico no quepan "reglamentos de policía" de carácter independiente no significa que la potestad reglamentaria carezca de toda posibilidad de actuación en este ámbito: al igual que en todas las materias reservadas, la ley puede remitir al reglamento la concreción del régimen de las técnicas de ordenación que ella misma haya establecido, siempre que dichas remisiones reúnan los requisitos de cumplimiento, mensurabilidad y previsibilidad que en su momento expusimos; no cabe, pues, que la ley efectúe remisiones en blanco al reglamento, confiándole sin condicionamiento alguno la creación de técnicas de ordenación o la determinación de aspectos esenciales de su régimen jurídico.
- b) Y, de otra, el *principio de especificación*: una regla de contornos de difícil precisión, pero imprescindible; conforme a ella,
  - i) las previsiones legislativas de poderes de intervención han de ser tasadas y singularizadas respecto de categorías de supuestos por hecho claramente individualizadas; no cabe el establecimiento por vía normativa de poderes generales de intervención, ni con carácter general ni de alcance sectorial (p. ej., una norma que dijese que la policía puede detener a cualquier persona, sin precisar los motivos ni los requisitos);
  - ii) allá donde se hayan establecido, las normas atributivas de poderes genéricos deben interpretarse con una eficacia meramente descriptiva e interpretativa (no directamente habilitante, pues) del ámbito de acción de las potestades concretas que, en todo caso, deben establecerse; sólo de esta forma pueden considerarse administrativos ni los requisitos);



sibles normas como la que todavía luce, p. ej., en el art. 1.1 RSCL, según el cual "los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos: 1.º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas"; esta norma no puede hoy considerarse como habilitante de cualesquiera intervenciones que los Ayuntamientos puedan inventarse (que era su intención original, por cierto), sino como la simple descripción de un ámbito finalista hacia el que deberán encajarse las técnicas de ordenación que normas legales establezcan concretamente.

## 2. Los principios de carácter material: proporcionalidad y *favor libertatis*

BIBLIOGRAFÍA.—L. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Sevilla, 1988; J. BARNES VÁZQUEZ, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, RAP 135 (1994), p. 495 y ss.

Pero la creación y el posterior empleo de las técnicas de ordenación se hallan sometidos también a dos principios de carácter material que ya enunciamos en un capítulo anterior a propósito del contenido de los actos administrativos:

- a) En primer lugar, el *principio de proporcionalidad*, que entraña una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de ordenación que se establezca y el diseño concreto de las facultades que la integren; un principio que veta la atribución de poderes materialmente innecesarios para lograr los fines concretos que persigue la intervención que se impone.
- b) Y, en segundo lugar, el *principio pro libertate o favor libertatis*, según el cual, cuando la norma que establece la potestad de intervención puede razonablemente optar entre varias medidas alternativas para conseguir su finalidad ordenadora, debe necesariamente elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya a ser empleada.

## D) La clasificación de las técnicas de ordenación

Las técnicas de ordenación generadas por el régimen administrativo a lo largo de su historia son realmente innumerables. En su origen, todas ellas se centraron en torno a un puñado de categorías de una extraordinaria simplicidad (y ambigüedad): las autorizaciones, las órdenes, las sanciones y las prescripciones forzosas. Sin embargo, el crecimiento de la actividad ordenadora del Estado, unido a la rigidez conceptual de dichas categorías, ha determinado una proliferación realmente anormal de técnicas diversas, de las que es preciso dar cuenta somera.

Esta exposición, sin embargo, no puede llegar apenas más allá de la enumeración de los diferentes tipos de técnicas y a una indicación sumaria de sus rasgos más comunes. No puede profundizar en su régimen jurídico, por la razón de que el mismo puede ser distinto según cuál sea el sector de actividad administrativa en que una misma técnica opera: entre una licencia de obras, una licencia de taxi, una autorización de vertido a cauces públicos y la autorización de una entidad de crédito existen diferencias irreconciliables, pese a pertenecer todos estos supuestos a la técnica común de la autorización.

Por el contrario, la gran multiplicidad de categorías existentes obliga a adoptar unas pautas sistemáticas de exposición que permitan su encuadramiento en un cuadro coherente. Los criterios clasificatorios pueden ser infinitos, como es obvio; en los últimos años, sin embargo, se han generalizado en la doctrina española (PARADA, MORELL) las fórmulas ordenadoras que clasifican las diferentes técnicas en función del creciente nivel de incidencia sobre la conducta de los sujetos privados. Tal será la pauta que utilizaremos a continuación, distinguiendo, de menor a mayor intensidad, las *técnicas de información*, las *técnicas de condicionamiento* y las *técnicas ablativas*.

## II. LAS TÉCNICAS DE INFORMACIÓN

### A) Significado y finalidad

Cada vez con una frecuencia e intensidad mayores, las normas imponen a los sujetos privados un conjunto de deberes cuya finalidad común es la obtención, por parte de las Administraciones públicas, de datos de hecho relativos a la existencia, circunstancias personales y actividad de los sujetos privados. Esta actividad de captación de información persigue dos fines fundamentales:



— de una parte, posibilitar y facilitar el control que la Administración debe realizar sobre dichos sujetos y sus actividades; la actividad informativa posee, pues, un carácter instrumental, al servicio de otras técnicas de ordenación;

— y de otra, obtener una masa de información necesaria para el diseño racional de concretas políticas públicas (si un ente público, p. ej., quiere emprender una política de protección de los discapacitados, es evidente que la primera labor a emprender es la de conocer el número y características de las personas afectadas por diferentes tipos de discapacidad).

Las formas y supuestos en que la Administración obtiene información de los particulares son sumamente diversas. Pueden clasificarse en tres grupos.

## B) Deberes de identificación

La preocupación de los Estados por disponer de relaciones completas de las personas integrantes de su ciudadanía y de sus datos identificativos es multisecular: sin necesidad de buscar antecedentes más remotos, la obligación de empadronamiento aparece documentada, precisamente, en los días en que se inicia el cómputo de la era cristiana. Desde entonces, la práctica de censar a los ciudadanos, principalmente con finalidades fiscales, se ha mantenido sin excesivas soluciones de continuidad hasta nuestros días, época en la que ha adquirido una intensidad sin precedentes, abarcando tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas.

1. La captura por la Administración de datos relativos a la identidad de las *personas físicas* posee en nuestro ordenamiento jurídico manifestaciones múltiples: todos los ciudadanos debemos ser inscritos, a nuestro nacimiento, en el Registro Civil; a partir de los catorce años de edad, se nos provee del Documento Nacional de Identidad; somos también inscritos en el Padrón Municipal de habitantes y, partiendo de éste, en el Censo Electoral; se nos asigna un número de identificación fiscal y, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena y autónomos, de una cartilla y un número de la Seguridad Social. Para la realización de todas estas actividades censales, la Administración requiere a cada ciudadano la comunicación de un amplio número de datos sobre sus circunstancias personales, familiares, laborales, profesionales y

económicas, que vuelve a repetirse cada vez que hace uso de un servicio público (p. ej., matricularse en un colegio público o en la Universidad).

2. Estos deberes de comunicación pesan, con igual o mayor fuerza, sobre las *personas jurídicas*, todas las cuales han de inscribirse en uno o varios Registros públicos, en los que ha de hacerse constar todos los datos referidos a su estructura inicial y normas estatutarias por las que se rigen. Estos Registros (a los que no podemos ahora más que referirnos de forma extraordinariamente sumaria) son de dos tipos:

- a) En unos casos se trata de *Registros de alcance general*, en los que las personas jurídicas deben inscribirse en cuanto tales, con independencia de la actividad que realicen. Estos Registros se encuentran diferenciados en función de los distintos tipos de entidades: las sociedades mercantiles han de inscribirse en el Registro Mercantil; las fundaciones, en el Registro de Fundaciones de competencia estatal (en estos dos primeros casos, la inscripción opera como requisito constitutivo de su personalidad jurídica); las asociaciones, en el Registro de Asociaciones; los partidos políticos, en el Registro de Partidos, etc.
- b) En otros, en cambio, se trata de *Registros de alcance sectorial*, en los que han de inscribirse determinados tipos de personas jurídicas en razón de la actividad concreta que desarrollan. Estos Registros son múltiples (p. ej., de Entidades Financieras; de Entidades Deportivas; de Empresas Cinematográficas; de Entidades Religiosas; de Exportadores; de Industrias Agrarias, etc.) y no persiguen fines de publicidad general, como los anteriores: en ocasiones (las menos) poseen una finalidad puramente censal, que permite a la Administración el conocimiento de las entidades existentes en un determinado sector; en otras, en cambio, se trata de una versión particular de la técnica autorizatoria, a la que después nos referiremos (es decir, la inscripción en el Registro correspondiente supone el otorgamiento de la autorización administrativa a una entidad a realizar la actividad que se propone).

## C) Deberes formales y documentales

Cada vez con mayor frecuencia, el objetivo de captura de información se realiza mediante la imposición a los sujetos privados del deber de hacer cons-



tar determinados datos relativos a su actividad en cuerpos documentales que los mismos sujetos deben formalizar, cumplimentar y conservar, y a cuyo conocimiento pueden acceder los correspondientes servicios de la Administración cuando resulte necesario para el desempeño de sus funciones.

La imposición de estos deberes documentales opera con especial intensidad en dos campos: de una parte, en el ámbito fiscal, en el que pesa sobre determinados contribuyentes el deber de llevar determinados libros-registro relativos a sus actividades (así sucede con todos los profesionales, p. ej.); y, de otra, en el ámbito de los comerciantes individuales y sociales, los cuales han de llevar la contabilidad de sus operaciones con arreglo a lo prevenido en el Código de Comercio. Pero existen múltiples normas sectoriales que establecen obligaciones de naturaleza similar (p. ej., los establecimientos dedicados a la compraventa de metales preciosos, o los partidos políticos que reciben subvenciones públicas).

#### D) Deberes de comunicación

Son también cada vez más frecuentes las normas, legales y reglamentarias, que imponen a los sujetos privados el deber de comunicar a la Administración competente el acaecimiento de determinados hechos o circunstancias:

- 1) en ocasiones, este deber se refiere a *hechos o circunstancias ajenas a la persona sobre la que pesa el deber de informar* a la Administración: así sucede, por ejemplo, con el deber de los médicos de notificar los supuestos de enfermedades transmisibles, o con el de las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores de poner en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores las infracciones de la legislación de que tengan conocimiento;
- 2) en la mayor parte de los casos, sin embargo, el deber se refiere a *datos relativos a la actividad de la persona o entidad a la que se impone*: así sucede, p. ej., con la obligación de las Sociedades de Valores de comunicar a la Comisión Nacional determinadas modificaciones de sus estatutos sociales; o con el deber de las sociedades anónimas deportivas de comunicar a la Liga profesional correspondiente los actos o negocios jurídicos de sus accionistas que supongan disposición inter vivos de las acciones, entre otros innumerables supuestos; este deber se ve reforzado, normalmente, con el derecho de la Adminis-

tración de inspeccionar los locales y documentación de los sujetos privados para proveerse directamente de las informaciones de su interés.

### III. LAS TÉCNICAS DE CONDICIONAMIENTO

El segundo nivel de ordenación de la actividad de los sujetos privados, de intensidad creciente, está constituido por las técnicas a través de las cuales la norma jurídica condiciona el ejercicio lícito de una actividad a un examen por parte de la Administración del cumplimiento de determinados requisitos legales, o bien de la conformidad de los términos de la actividad proyectada por el particular con las exigencias del interés general. Como puede apreciarse de inmediato, se trata de técnicas mucho más incisivas que las precedentes, por cuanto el sujeto sobre el que inciden ve limitada *a priori* su libertad de acción por un obstáculo, consistente en el necesario y previo pronunciamiento por parte de la Administración de un acto de conformidad con la actividad que el sujeto se propone realizar.

Las más importantes de estas técnicas de condicionamiento son de tres tipos.

#### A) Las comprobaciones

1. En algunos supuestos, las normas jurídicas condicionan la actividad de los particulares a la realización, por parte de los servicios de un ente público, de un trámite de mera comprobación del cumplimiento de determinados requisitos de aptitud o idoneidad que ha de reunir una persona o un objeto; requisitos que son necesarios para la realización de una concreta actividad o profesión, o para la utilización o circulación del bien y que, por su carácter objetivo, son objeto de una constatación puramente reglada. Ello permite distinguir dentro de este género:

— de una parte, las *acreditaciones*, que se refieren a los requisitos de aptitud de una persona: es el caso, p. ej., de las calificaciones académicas (mera constatación del nivel de conocimientos de un alumno), de la expedición de un título (que es automático previa comprobación de haber superado todas las asignaturas del currículum), de la incorporación a un Colegio profesional (en el que éste se limita a comprobar la posesión del título) o de la clasificación de un contratista; y



— de otra, las *homologaciones*, referidas a las condiciones de idoneidad de un objeto y del ajuste de sus características con las de un modelo predefinido normativamente: es el caso, p. ej., de la homologación de los vehículos importados (comprobación del cumplimiento de las medidas de seguridad), o de la aprobación de modelos de máquinas re-creativas (comprobación de la observancia de los requisitos impuestos a las mismas por el respectivo reglamento).

2. La justificación de esta categoría de las comprobaciones ofrece algún problema, por cuanto sus límites con la de las autorizaciones (que estudiaremos poco después) es un tanto difusa: sobre todo, su distinción de las autorizaciones regladas, figura ésta con la que se califican legalmente múltiples supuestos de pura comprobación (p. ej., el permiso de conducción, o la licencia de edificación). Esta distinción

— no se basa, como podría suponerse erróneamente, en el carácter pre-suntamente automático de las comprobaciones, frente a las autorizaciones regladas, que exigirían una determinada valoración técnica, por cuanto ninguna comprobación se realiza de manera puramente mecánica: todas ellas, incluso las más simples, requieren una labor valorativa en un caso u otro (p. ej., la colegiación profesional, que exige una apreciación de las condiciones de validez del título académico que se presenta por el solicitante);

— se basa, por el contrario, en la amplitud del margen de apreciación de que la Administración dispone en el momento de valorar la idoneidad de los requisitos: este margen está objetivado en las comprobaciones (se tiene el título de licenciado en Derecho, o no), en tanto que en las autorizaciones el proceso de comprobación incorpora necesariamente una cierta valoración adicional acerca de la conveniencia pública de la actividad (p. ej., la inscripción de un medicamento en el Registro de Especialidades Farmacéuticas no se decide sólo en función de la idoneidad del producto para surtir los efectos curativos que pretende y de su ausencia de efectos secundarios perjudiciales, sino también de la oportunidad de situarlo en el mercado).

Con todo, debe dejarse constancia de dichos problemas de delimitación, que en la práctica se elimina expeditivamente incluyendo todos estos supuestos en el género común de las autorizaciones; creemos, sin embargo, que la categoría posee sentido, y que su reconocimiento contribuiría a depurar el confuso concepto de la autorización; más adelante volveremos sobre el tema.

## B) Las autorizaciones

BIBLIOGRAFÍA.—S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para apertura de farmacias*, RAP 24 (1957) p. 117 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Silencio administrativo y actividad autorizante*, RAP 48 (1965), p. 205 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Actos tácitos y actividad autorizante*, REDA 4 (1975), p. 17 y ss.; J. A. MANZANEDO MATEOS, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid, 1968; T. R. FERNÁNDEZ, *Inscriptores y autorizaciones industriales*, RAP 52 (1967), p. 422 y ss.; J. L. MEILÁN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión*, RAP 71 (1973), p. 79 y ss.; J. M.<sup>a</sup> MICHAVILA, *Autorizaciones*, en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (ed.), *Estudios de Derecho Público Bancario*, Madrid, 1987, p. 207 y ss.; J. M. DÍAZ LEMA, *El régimen de las autorizaciones de los Centros privados de Enseñanza no universitaria*, RAP 133 (1994), p. 441 y ss.

La autorización, como categoría, constituye, sin duda alguna, la figura más clásica y conocida de todas las técnicas de ordenación; la más importante y, también, de modo inevitable, la que más debates doctrinales ha suscitado.

## 1. Concepto y naturaleza

a) El primero de estos debates se refiere al concepto de la técnica autorizatoria, que ha estado desde sus orígenes presidido por *dos posturas teóricas opuestas*:

i) La primera de ellas fue expuesta por el italiano O. RANELLETTI en 1893, y puede sintetizarse de modo muy simple: los sujetos privados ostentan derechos cuyo ejercicio se halla subordinado por la ley a la necesidad de obtener un acto de consentimiento previo por parte de la Administración mediante el cual ésta declara la compatibilidad del ejercicio del derecho, tal y como el particular pretende utilizarlo, con el interés público. La autorización sería, pues, un acto administrativo de liberación, con el que se elimina el obstáculo impuesto al ejercicio de un derecho preexistente; tendría, en consecuencia, un carácter meramente declarativo del contenido de dicho derecho y de su carácter no lesivo para los intereses generales.

ii) La segunda tesis fue expuesta dos años después por O. MAYER, situándose en la perspectiva justamente opuesta. Para el autor alemán, las conductas particulares que pueden incidir negativamente sobre los intereses públicos se consideran inicialmente prohibidas por la norma:



sin embargo, la Administración puede levantar esta prohibición en casos concretos, una vez comprobado que la forma en que pretende ejercerse dicha actividad no entraña riesgo real alguno para los referidos intereses.

Una y otra tesis se han presentado desde siempre como dos visiones poles y irreconciliables, enfrentadas en el punto crucial de la existencia o no de un derecho preexistente sobre el que la autorización operaría y, consecuentemente, en el ámbito de los poderes de decisión de la Administración, que serían mucho más limitados de adoptarse la primera tesis que empleando la segunda.

b) Sin embargo, sin negar las diferencias entre ambas tesis y los distintos efectos prácticos a que una y otra llevan en el desarrollo del proceso autorizatorio, es necesario señalar que *sus disparidades son meramente de perspectiva* (y, sin duda, de ideología y de talante político).

i) En primer lugar, es preciso señalar que el mecanismo de la autorización es siempre el mismo: la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas (o dotadas de una capacidad de incidencia relevante) para los intereses públicos; por ello, subordina el ejercicio de dichas actividades a un acto de la Administración en el que se comprueba y declara que la modalidad de ejercicio concreto que el particular pretende no produce dicha lesión, o se establecen las condiciones específicas bajo las que puede ser desarrollada para evitarla.

ii) Esta técnica de condicionamiento opera, en algunos casos, sobre actividades que constituyen el ejercicio normal de derechos subjetivos previamente reconocidos por el Derecho positivo (p. ej., el derecho de propiedad inmueble, que conlleva la facultad de edificar sobre ella); pero, en otros muchos, tal derecho no existe en modo alguno: lo que subyace a la autorización no es otra cosa que la libertad general de actuación que poseen los sujetos privados en virtud de su vinculación meramente negativa a la ley: una libertad ejercitable en cualesquiera direcciones y que la norma condiciona a su compatibilidad con el interés público.

iii) La autorización, por tanto, posee siempre carácter declarativo: declara la inexistencia de lesión hacia el interés público, así como el cumplimiento de los requisitos a los que la norma subordina el ejercicio de una determinada actividad. Pero declarativo no puede contraponerse a constitutivo: el problema no radica en saber si la autorización atribuye

ye al sujeto, *ex novo*, una posibilidad de actuación de la que antes carecía; cuestión puramente semántica, como de inmediato vamos a ver.

c) Derivada de la polémica anterior es la relativa a la *diferencia entre la autorización y la figura de la concesión*, tradicionalmente opuesta a la misma.

i) En el marco de la teoría italiana, antes expuesta, *la autorización y la concesión se contrapondrían en los puntos relativos a la titularidad de base existente y en su carácter declarativo o constitutivo* respecto de la esfera jurídica del particular:

— la autorización, en primer lugar, operaría sobre un derecho preexistente del que sería titular el sujeto autorizado; al constituir una mera remoción de límites, tendría naturaleza meramente declarativa del contenido del derecho y de su compatibilidad con el interés público; y, por lo mismo, la intervención de la Administración sería mucho más leve, limitándose a señalar externamente las condiciones de ejercicio del derecho y dejando al particular, una vez emitida la autorización, ejercer libremente dicha actividad;

— la concesión, en cambio, se referiría a derechos o actividades asumidos como propios por la Administración, inexistentes en el patrimonio de los sujetos privados; la concesión trasladaría la posibilidad de ejercicio de dicho derecho al sujeto concesionario, creando en su patrimonio una facultad antes inexistente y, por lo mismo, poseería eficacia constitutiva; y, precisamente porque el derecho cuyo ejercicio se cedería sigue siendo de titularidad de la Administración, ésta ostentaría poderes continuados y permanentes de vigilancia y dirección sobre el concesionario.

ii) Sin embargo, la evolución legislativa ha terminado por *difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión*; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas:

— hay, como hemos visto, múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado (p. ej., a importar un producto determinado); pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de *publicatio*, esto es, asumidas como propias por la Administración (p. ej., las viejas concesiones para cultivo de arroz); y actividades declaradas servicios



públicos que, sin embargo, se ejercen por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (p. ej., la enseñanza privada, o la distribución de electricidad);

— la distinción entre ambas figuras en base al carácter más enérgico y continuado de los poderes de intervención que la concesión atribuiría a la Administración se ha borrado desde el momento en que la ley ha creado múltiples supuestos de autorización de actividades que habilitan a la Administración para un seguimiento y vigilancia permanentes de su desarrollo, y que otorgan a ésta poderes de intervención más severos y constrictivos que los que se prevén en la generalidad de las concesiones (p. ej., las autorizaciones de entidades de crédito, o de establecimientos de juego).

iii) Por todo ello, *las diferencias entre autorización y concesión son, hoy, meramente convencionales*. El legislador utiliza una u otra técnica según que pretenda aparentar (meramente aparentar) un nivel de intervención menor o mayor en la actividad controlada; pero la preexistencia o no de un derecho en el patrimonio del particular, el carácter declarativo o constitutivo de una y otra y el carácter más o menos enérgico de las potestades de intervención son extremos que el legislador diseña, después, a su capricho.

## 2. Clases de autorizaciones

Las polémicas a que hemos hecho referencia han dado lugar a la formulación de un conjunto de clasificaciones de los diferentes supuestos autorizatorios. Los más importantes de ellos son dos.

### a) *Autorizaciones regladas y discrecionales*

1) La distinción de estos dos tipos de autorizaciones es paralela, obviamente, a la de potestades regladas y discrecionales, que expusimos en un capítulo anterior. En las primeras, el poder de decisión de la Administración se encuentra vinculado, por cuanto la ley determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad intervenida, que la Administración no puede hacer sino comprobar (de manera más o menos mecánica, en función de la objetivación y grado de detalle que los requisitos posean en la norma que los define). En las segundas, en cambio, dichas condiciones de ejercicio no se

encuentran preestablecidas, de manera que la ley remite a una valoración libre por parte de la Administración de la compatibilidad con el interés público de la actividad que pretende ejercerse.

2) Sin embargo, y como ya se expuso en su lugar, *la distinción no puede entenderse en términos absolutos*. Salvo casos rigurosamente excepcionales, en los que la labor de la Administración se aproxima mucho a la comprobación mecánica de requisitos objetivos y muy detallados (supuestos que deberían encajarse en una categoría diversa, la de las comprobaciones),

— en toda autorización existen elementos reglados y elementos discrecionales, distribuidos en proporciones distintas según los casos; no hay, pues, autorizaciones absolutamente regladas ni absolutamente discrecionales;

— el elemento discrecional (esto es, el margen de apreciación de que la Administración dispone) puede consistir en la necesidad de efectuar valoraciones de orden técnico, siempre opinables y en cuya formulación la Administración posee una cierta mayor prima de credibilidad en principio, o bien en la estimación acerca de la compatibilidad entre la actividad proyectada y el interés público;

— en ambos casos, el ejercicio de los poderes por parte de la Administración se encuentra sometido al control jurisdiccional; control que, no obstante, es más leve en el aspecto de la valoración del interés público a que acabamos de referirnos que en el de las valoraciones o juicios técnicos;

— por fin, las autorizaciones con una mayor proporción de elementos discrecionales dotan a la Administración, en principio, de ciertos poderes de configuración del contenido de aquéllas; poderes que pueden consistir en el establecimiento de condiciones accesorias (plazo de vigencia, condiciones o modos de ejercicio); decimos en principio porque a lo que hay que estar, en todo caso, es a la regulación que se haga del proceso autorizatorio en la norma correspondiente.

### b) *Autorizaciones simples y operativas*

La variedad de supuestos autorizatorios ha llevado a la doctrina a formular una serie de distinciones que toman como punto de referencia los dife-



rentes tipos de actividad que la autorización tiende a controlar y los poderes que ésta confiere a la Administración a lo largo del tiempo: así, junto a la terminología que forma el rótulo de este epígrafe, se ha hablado de autorizaciones por operación y de funcionamiento (GARCÍA DE ENTERRÍA); autorizaciones de tracto instantáneo y de tracto sucesivo (MORELL) y de autorizaciones en función de control y en función de programación (GIANNINI). A nuestro entender, todas estas tipologías son reconducibles, con matices, a una sola clasificación dual.

- 1) El concepto de *autorizaciones simples* hace referencia a aquellas que
  - tienen como objeto una conducta aislada (o, como ahora se dice, puntual) y concreta, que se realiza por el sujeto autorizado y que, por lo mismo, determina la extinción por consumación de la autorización misma (p. ej., la autorización de una manifestación, o para celebrar una carrera ciclista por una vía pública);
  - el control que la Administración ejerce sobre la actividad autorizada es meramente inicial y negativo, limitándose a la comprobación de la legalidad o compatibilidad con el interés público de dicha actividad, tal como se proyecta por el sujeto autorizado, que, una vez autorizada, la realiza libremente (con sujeción, claro está, a los términos de lo declarado por la autorización).
- 2) Las *autorizaciones operativas* poseen una significación y utilidad completamente diversa:

- se refieren a una actividad privada que se desarrolla de modo continuado y tendencialmente permanente en el tiempo (p. ej., una planta eléctrica, o una sociedad de seguros), de manera que la autorización (junto con la norma que la establece) integra el régimen jurídico de realización de dicha actividad, manteniendo su vigencia el mismo tiempo que la actividad sobre la que recae;
- la Administración, a través de la autorización, ejerce un control no sólo inicial, sino también sucesivo, sobre el ejercicio de la actividad, que puede perseguir una doble finalidad:

- de una parte, asegurar que las circunstancias que concurrían en la fecha de otorgamiento de la autorización se mantienen a lo largo del tiempo de desarrollo de la actividad; lo cual supone la posibilidad de revocar la autorización en caso de que el cambio de tales

circunstancias convierta a la actividad en ilegal o incompatible con el interés público; y

- de otra, dirigir u orientar el desarrollo de la actividad con el fin de obtener un nivel óptimo de la misma desde el punto de vista de su adecuación a los intereses públicos o de la consecución de los objetivos de política económica marcados para el sector por la Administración.

### 3. Régimen jurídico de las autorizaciones

El régimen jurídico de los múltiples tipos de autorizaciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra establecido en las normas sectoriales reguladoras de cada tipo de ellas; estas normas ofrecen disparidades tales que resulta imposible trazar las líneas generales de un régimen común que, sencillamente, no existe. Sólo cabe hacer referencia aquí, por tanto, a tres tipos de problemas, siempre dentro de un nivel de generalidad extremo.

#### a) Otorgamiento

- 1) Las autorizaciones administrativas se otorgan siempre, por naturaleza, como consecuencia de procedimientos iniciados a instancia del sujeto interesado en su obtención. Son de aplicación, por tanto, las reglas ordenadoras de este tipo de procedimientos, que estudiamos en un capítulo anterior; normas que, con un carácter general, y por lo que se refiere a las autorizaciones otorgadas por órganos de la Administración General del Estado, han sido desarrolladas por el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992 las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.

De dicha norma reglamentaria cabe sólo destacar la previsión de que el régimen de silencio aplicable a las autorizaciones es, por regla general, de carácter positivo; esto no obstante, la misma contiene un extenso anexo en el que se relacionan los concretos tipos de autorizaciones en las que la regla de silencio es precisamente la inversa.

- 2) Un problema específico del régimen de otorgamiento se suscita en relación con aquellas autorizaciones cuyo número se encuentra contingente o limitado *a priori*. La normativa estatal (salvo excepciones contenidas en normas sectoriales) no establece regla alguna en relación con este supuesto. Sin embargo, una aplicación elemental del principio de igualdad exige que,



en tales casos, las autorizaciones se otorguen en virtud de procedimientos competitivos que ofrezcan igualdad de oportunidades a todos los aspirantes a las mismas. Ésta es justamente la regla que, para un ámbito muy específico, establece el art. 77.2 RBEL ("Las licencias se otorgarán directamente, salvo si por cualquier circunstancia se limitare el número de las mismas, en cuyo caso lo serán por licitación y, si no fuere posible, porque todos los autorizados hubieren de reunir las mismas condiciones, mediante sorteo").

### b) Transmisibilidad

1) Las situaciones jurídicas activas creadas por una autorización administrativa poseen un valor económico que las convierte en bienes aptos, en principio, para el intercambio; de ahí que se plantee la cuestión relativa a la susceptibilidad de su transmisión (en puridad, la fórmula es técnicamente incorrecta: lo que se transmitiría, en esta hipótesis, no es la autorización, sino los derechos creados por la misma; la "transmisión" de una autorización sería, dicho con más precisión, el cambio o la subrogación en la persona de su destinatario original).

2) En línea de principio, a la transmisión de las autorizaciones parece oponerse la circunstancia de que éstas se otorgan a una persona concreta; pero es evidente que las condiciones del destinatario no operan de igual modo en todos los tipos de autorizaciones. Por ello, la doctrina ha distinguido entre:

— las *autorizaciones personales*, esto es, aquellas cuyo otorgamiento se realiza en atención preferente a las características o aptitud singulares de la persona a cuyo favor se otorgan (p. ej., el permiso de conducción); estas autorizaciones son, salvo previsión normativa en contra, intransmisibles, así lo disponen los arts. 13.2 y 14.1 RSCL, según los cuales las actividades que constituyen el objeto de "las licencias consermientes a las cualidades de un sujeto" "habrán de ser desarrolladas personalmente por los titulares de aquéllas y no mediante representación por un tercero"; y

— las *autorizaciones reales*, es decir, las que se otorgan en atención preferente a las características de los bienes a los que se refieren (p. ej., una licencia de construcción, o la autorización de un producto farmacéutico); la irrelevancia de las condiciones de su titular hace que tales autorizaciones sean, también en principio, transmisibles; así lo prevé el art. 13.1 RSCL: "Las licencias relativas a las condiciones de una

obra, instalación o servicio serán transmisibles, pero el antiguo y nuevo constructor o empresario deberán comunicarlo por escrito a la Corporación".

3) A estas reglas habría que añadir la excepción a la transmisibilidad que establece el art. 13.3 del citado RSCL, según el cual "no serán transmisibles las licencias cuando el número de las otorgables fuere limitado". La excepción es enteramente lógica si se tiene en cuenta que, como antes vimos, las autorizaciones cuyo número estuviera contingentado han de otorgarse mediante licitación o sistema competitivo; permitir su transmisión equivaldría a propiciar un fraude institucional al régimen de licitación.

### c) La cláusula "sin perjuicio de tercero"

1) La conocida coloquialmente como cláusula "sin perjuicio de tercero" es una fórmula mediante la cual pretende expresarse la limitación de los efectos de las autorizaciones al plano de las relaciones jurídico-administrativas entre la Administración autorizante y el sujeto autorizado; y, correlativamente, su neutralidad e irrelevancia respecto de las relaciones jurídico-privadas que pueden subyacer al otorgamiento de la autorización.

2) Lo que este principio significa es bien simple. Las autorizaciones (principalmente, las de carácter real) se otorgan a una persona que invoca algún tipo de titularidad privada sobre el bien con el que pretende realizarse la actividad autorizada. La cláusula a que nos referimos quiere expresar que la Administración autorizante es y permanece ajena a la consistencia o legalidad de dicha titularidad y que, por tanto, la autorización que se otorga no confiere al autorizado ninguna titularidad jurídico-privada nueva y ajena a la que ya disponía. La autorización conferida para realizar obras en una vivienda, p. ej., se otorga por la Administración sin que el solicitante tenga que demostrar que el solicitante-arrendatario posee autorización bastante para ello del propietario; y la autorización en sí misma no confiere al arrendatario derecho privado alguno frente al titular dominical del piso.

3) La cláusula es, pues, una salvedad que hoy nos parece superflua; pero que no lo era tanto en tiempos históricos, en los que las titularidades públicas y privadas no se hallaban deslindadas con la claridad con que lo están hoy día, y en donde no resultaba tan claro que la Administración carece de potestad para incidir con sus actos en las relaciones jurídico-privadas. Ello explica que esta cláusula continúe reconociéndose en textos como los arts. 10 y 12.1 RSCL: el primero formula su contenido diciendo que "los actos de las



Corporaciones Locales por los que se intervenga la acción de los administrados producirán efectos entre la Corporación y el sujeto a cuya actividad se refieran, pero no alterarán las situaciones jurídicas privadas entre éste y las demás personas"; y el segundo confirma el principio de modo literal al establecer que "las autorizaciones y licencias se entenderán otorgadas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero".

### C) Las comunicaciones previas con reserva de oposición

La última modalidad de condicionamiento de la actividad de los sujetos privados consiste en el deber que, en determinados casos, se impone a los particulares de proceder a comunicar a la Administración su decisión de realizar una determinada actividad; comunicación que ha de efectuarse con carácter previo al inicio de la misma e indicando las circunstancias o modalidades que dicha actividad habrá de revestir.

La diferencia entre este tipo de comunicaciones y las que examinamos en el epígrafe II de este mismo capítulo radica en la potestad que se confiere a la Administración de proceder al examen de los términos de la comunicación, de comprobar su legalidad y ajuste a los intereses públicos y, en caso de conclusión negativa, de formular su oposición a que la actividad se desarrolle mediante un mandato prohibitivo, o de condicionar su realización a la introducción en la actividad proyectada de modificaciones que la hagan compatible con la legalidad o el interés público.

Esta técnica constituye, como es fácil deducir, una modalidad aligerada de la técnica autorizatoria. Como hemos visto, las autorizaciones pueden otorgarse, por regla general, de modo presunto por silencio administrativo positivo. El mecanismo de la comunicación que ahora examinamos es materialmente muy similar: salvo que el documento que se presenta ante la Administración no es una solicitud, sino una mera comunicación, lo que sucede es que, transcurrido un plazo determinado (el que dispone la Administración para resolver o para oponerse), el particular puede, sin más emprender la actividad proyectada.

## IV. LAS TÉCNICAS ABLATORIAS

El ámbito de mayor intensidad de intervención administrativa sobre la actividad de los sujetos privados está constituido por las técnicas que no se li-

mitan a condicionar el ejercicio de dicha actividad, sino que inciden directamente en su esfera jurídica, tanto en sus aspectos de libertad como patrimoniales, operando en la misma una ablación o disminución neta de su contenido.

Esta incidencia ablatoria puede tener lugar de formas muy diversas que, sin embargo, pueden encuadrarse en dos bloques, en función del tipo de situaciones jurídicas sobre las que se actúe. De una parte, la Administración puede interferir la esfera jurídica de los particulares eliminando de la misma situaciones jurídicas activas o favorables, o disminuyendo su contenido (A); de otra, esta interferencia puede producirse mediante la creación o ampliación de contenido de situaciones jurídicas desfavorables o de carácter pasivo (B).

### A) Las técnicas de disminución o privación de situaciones activas

El primer conjunto de técnicas ablatorias consisten, como se ha expuesto, en procedimientos mediante los cuales la Administración opera sobre las situaciones jurídicas favorables o activas que forman parte de la esfera jurídica de los sujetos privados (básicamente, sobre sus derechos subjetivos), bien limitando o reduciendo su contenido (1), bien eliminando por completo dichas situaciones activas (2).

#### 1. La limitación o ablación parcial de derechos

BIBLIOGRAFÍA.—F. GARRIDO FALLA, *El derecho a indemnización por limitaciones o vinculaciones impuestas a la propiedad privada*, RAP 81 (1976), p. 7 y ss.

Junto con la autorización, la ablación parcial de los derechos es, con mucho, la técnica más común de cuantas integran la actividad administrativa de ordenación. Por ello, su problemática es especialmente grave y extensa: ante la imposibilidad de aludir a todas las cuestiones que suscita, hemos de constreñirnos a las dos más importantes.

a) Averiguar qué sea la limitación de derechos exige, en primer lugar, *diferenciar esta figura de la muy próxima de la delimitación* de los mismos.

1) La *noCIÓN de delimitación o fijación del contenido normal de los derechos* fue acuñada por la doctrina civilista alemana del siglo XIX (bá-



sicamente, por GIERKE) con el fin de depurar el significado inespecífico que el término limitación tenía en los Códigos (p. ej., en el art. 348 CC: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes"). Lo que se pretendía poner de manifiesto es que las leyes, cuando describen el conjunto de facultades que integran el contenido de un derecho, establecen, obviamente, límites al mismo (por cuanto no hay derecho que sea ilimitado); pero la imposición de estos límites no debe considerarse técnicamente como una *limitación*, sino como *delimitación* de su ámbito, esto es, la determinación de lo que constituye el contenido normal de dicho derecho.

2) Por lo común, la delimitación del contenido de los derechos se hace en las leyes, *pero es usual que también se haga en las normas reglamentarias* que desarrollen éstas: así ocurre, sobre todo, respecto de los derechos que no se encuentran regulados en la legislación civil; pero también los derechos privados son objeto de delimitación por normas administrativas, como sucede, de modo paradigmático, con la propiedad inmueble, cuyo contenido concreto es definido por la Ley, pero también, y principalmente, por los planes de urbanismo (art. 2.1 LSuelo: "Las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios").

3) Por lo mismo, el *concepto de limitación* posee un ámbito más reducido. Supuesto el contenido *standard* de un derecho (esto es, el conjunto de facultades que lo integran y, negativamente, las excluidas del mismo), previamente definido por las normas, la limitación supone una compresión, eliminación o mutilación parcial de alguno de dichos contenidos cuando concurren determinadas circunstancias de hecho que así lo impongan. Esta privación parcial puede producirse de tres formas distintas:

- i) la prohibición de un modo concreto de ejercicio del derecho (p. ej., el cierre o desalojo de locales o establecimientos en situaciones de emergencia, art. 15 LOSC);
- ii) la privación de alguna de las facultades integrantes del contenido del derecho (p. ej., la intervención u ocupación transitoria de industrias en los casos de declaración del estado de alarma, art. 11.c)

LEAES; o la imposición de un derecho de tanteo y retracto, que entraña la privación del *jus disponendi* sobre una obra de arte, art. 38 LPHE); y

iii) la imposición de deberes especiales o requisitos positivos para el ejercicio de un derecho (p. ej., la prestación de una fianza a las empresas que realicen servicios de transporte discrecional, art. 56 LOTT).

4) Con todo, las fronteras entre delimitación y limitación de derechos son, con frecuencia, borrosas. Dentro de la primera categoría hay que incluir, en todo caso, la exclusión general y permanente de determinadas facultades (p. ej., la prohibición de conducir utilizando cascos o auriculares conectados a aparatos receptores o reproductores de sonido, art. 11.3 LTraf). Correlativamente, el concepto de limitaciones ha de reservarse para aquellas privaciones parciales de contenido que sólo operen en determinadas circunstancias especiales, tanto si se establecen directamente por la norma (p. ej., la prohibición de erigir determinadas edificaciones en lugares históricos) como si su imposición concreta a personas determinadas se deja a la decisión de las autoridades administrativas (p. ej., la previsión de que la policía de tráfico puede cortar la circulación de una carretera cuando se haya producido un accidente).

b) El segundo punto capital de las limitaciones administrativas es el referente a su *régimen jurídico*. Dentro del mismo hay que distinguir dos aspectos:

1) En primer lugar, debe recordarse la plena *aplicación* a este campo de las limitaciones de los *principios formales y materiales de la actividad ordenadora* que estudiamos páginas atrás (reserva de ley, especificación, proporcionalidad y *favor libertatis*); un recordatorio necesario, que debe completarse con la advertencia de que es en este ámbito donde dichos principios deben operar con mayor rigor, dada la permanente tendencia de la Administración a desconocerlos u obviarlos.

2) Y, en segundo lugar, el problema de la *indemnizabilidad de las limitaciones*. Si la delimitación del contenido normal de un derecho no debe dar lugar a indemnización de los sujetos afectados (p. ej., en el caso de una reforma legislativa que excluya para el futuro unas determinadas facultades que antes formaban parte del contenido del derecho), el problema ofrece perfiles algo diferentes en lo que se refiere a las limitaciones. La opinión doctrinal generalizada es que la imposición de limitaciones tampoco debe dar lu-



gar a indemnización (y así lo prevén específicamente muchas normas). Pero esta tesis no puede admitirse sin excepciones: las limitaciones, evidentemente, no pueden ser indemnizables cuando posean un alcance general o cuando, por su intensidad, impongan a las personas privadas gravámenes que no excedan de los inconvenientes normales que impone la vida en sociedad (p. ej., la obligación de desvío en una carretera por razón de obras). Pero el deber indemnizatorio se hace presente en los casos opuestos de limitaciones singularizadas a sujetos determinados, que supongan una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas y que excedan de los parámetros de inco-modidad antes citados. Naturalmente, se trata de indicaciones de una gran abstracción, que sólo pueden especificarse en cada caso concreto.

## 2. La privación o ablación total de derechos

a) La actividad administrativa de ordenación puede realizarse, también, mediante la *supresión de situaciones jurídicas activas* que obran en el patrimonio de los sujetos privados. Esta descripción debe ser completada con dos notas negativas:

1) Las privaciones a que nos referimos en este epígrafe no son las que pueden derivarse de la supresión de un derecho, en abstracto y como categoría, como consecuencia de una modificación legislativa (p. ej., la del derecho de propiedad privada de las aguas subterráneas, que realizó la Ley de Aguas de 1985, pasándolas a la titularidad pública), sino a la eliminación, mediante decisiones administrativas, de titularidades específicas de derechos subjetivos pertenecientes a personas singulares, permaneciendo vigente el derecho en abstracto.

2) Naturalmente, quedan excluidas de esta noción los supuestos de privación de facultades concretas de un derecho (que se englobaría en el concepto de limitación); la privación de que hablamos se refiere a la eliminación del derecho subjetivo en su integridad o, cuando menos, en su contenido sustancial.

b) Los *supuestos típicos de ablación total* de derechos en nuestro sistema normativo son tres:

1) en primer lugar, las *expropiaciones*, técnica esencial del Derecho administrativo a la que, por su importancia, se dedica un capítulo posterior de este libro;

2) en segundo lugar, las *transferencias coactivas* de bienes, de naturaleza no expropiatoria: entre ellas hay que contar los supuestos de subrogaciones reales forzosas (como las que tienen lugar en virtud de las reparaciones urbanísticas y de los procesos de concentración parcelaria, que suponen la transformación del objeto del derecho de propiedad inmueble) y de ventas forzosas (p. ej., de energía eléctrica entre operadores); y

3) en tercer lugar, los *comisos*, figura que comprende los supuestos de apropiación coactiva por los entes públicos, sin contraprestación alguna, de objetos de tráfico ilícito (p. ej., los bienes introducidos en territorio nacional mediante contrabando) o de carácter peligroso para la salud o la seguridad.

c) Punto esencial en el régimen jurídico de las ablaciones totales de derechos es, como en el supuesto de las limitaciones, el relativo a su *indemnizabilidad*. No existe en este punto una solución uniforme: la expropiación, por tradición y por imperativo constitucional (art. 33.3 CE) da siempre lugar a indemnización; indemnización que, por el contrario, nunca existe en los supuestos de comiso, dado el carácter ilícito de los actos que dan lugar al mismo. En el caso de las transferencias coactivas, la regla general de nuestro Derecho positivo es su no indemnización (aunque se trata de una pura decisión legislativa y, por tanto, alterable, no teniendo su origen en ninguna razón institucional).

## B) Las técnicas de creación o ampliación de situaciones pasivas

De modo correlativo a los supuestos que acabamos de examinar, la actuación ablativa de la Administración puede tener lugar mediante la creación en la esfera jurídica de los particulares de situaciones de carácter pasivo o desfavorable (o, eventualmente, mediante la ampliación o intensificación de las ya existentes). Tales situaciones son, concretamente, las obligaciones (1) y los deberes públicos (2); la imposición de cargas se incluye, por lo común, en la categoría de las técnicas de información.

### 1. La creación de obligaciones

a) La primera de las modalidades de creación de situaciones pasivas se realiza mediante la imposición a los particulares de obligaciones, entendiendo este término en su significado estricto, esto es, como la necesidad jurídica-



ca de realizar una determinada conducta de hacer o de no hacer, que el sistema normativo establece en beneficio o utilidad de una tercera persona, la cual ostenta el poder de exigirla; en este caso, la otra parte subjetiva de la relación obligatoria es, obviamente, la Administración.

Las obligaciones a que nos referimos tienen su base en la ley o en la norma reglamentaria dictada válidamente en desarrollo de la misma (art. 31.3 CE: "Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público *con arreglo* a la ley"). La norma jurídica crea abstractamente la obligación y define sus elementos esenciales; y es después la Administración la que convierte dicha obligación genérica, mediante un acto administrativo, en una vinculación específica, dirigida a una persona concreta y completada en todos sus extremos.

b) Los *supuestos típicos* de obligaciones concretadas administrativamente se reducen a dos categorías.

1) En primer lugar, las *prestaciones personales*, que imponen a las personas a las que afectan la realización de una obligación de hacer o no hacer. Estas prestaciones, muy abundantes en tiempos históricos, han ido reduciéndose en número e intensidad, al hilo de la progresiva monetarización de la economía. Restan, no obstante, ejemplos significativos, como la obligación de cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria, así como las prestaciones que pueden imponerse por las autoridades gubernativas durante la vigencia de los estados excepcionales (art. 11 LEAES) y para la extinción de incendios forestales (art. 12 de la Ley de Incendios Forestales).

2) Y, en segundo lugar, las *prestaciones reales*, que tienen como objeto una obligación de dar. Por lo general, esta obligación se concreta en la entrega de dinero; así sucede en los casos prototípicos de las obligaciones tributarias y de las cuotas de la Seguridad Social; restan aún, sin embargo, algunas obligaciones no dinerarias, que afectan a bienes específicos; el caso más conocido es la obligación de depósito legal de libros e impresos que pesa sobre los editores.

## 2. La creación e imposición de deberes

a) La intervención en la esfera jurídica de los sujetos privados puede realizarse, finalmente, mediante la creación o imposición a los mismos de de-

beres públicos. Por tal entendemos, como ya vimos en un capítulo anterior, el vínculo que establece, respecto de una persona, la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o de no hacer, y que, en contraste con la obligación, se impone en beneficio de la colectividad en general (una obligación, p. ej., es la del pago de un tributo; un deber, en cambio, la pieza de la fachada de un edificio); no son, pues, el correlato de un derecho subjetivo de la Administración, sino de una potestad, justamente la atribuida para asegurar su efectivo cumplimiento.

b) La creación e imposición de deberes puede ser efectuada por la ley misma. Sin embargo, nos interesan aquí las dos modalidades típicamente administrativas de dicha creación e imposición: las que tienen lugar mediante reglamento o mediante acto administrativo.

1) La *imposición reglamentaria de deberes* (naturalmente, en desarrollo de una ley) es su forma normal de establecimiento: así lo exige la aplicación del principio de reserva de ley, que cubre, como vimos, todas las técnicas de ordenación que analizamos en este capítulo. Lo que importa, sin embargo, no es el hecho obvio de que el reglamento imponga deberes a los sujetos privados, sino el que esta creación va acompañada, normalmente, de la atribución a la Administración de potestades dirigidas a asegurar su cumplimiento. Estas potestades son, fundamentalmente, tres:

- i) primera, la *potestad intimidatoria*: el deber, tal y como está definido en la norma, puede ser en ocasiones directamente cumplido por las personas a las que se dirige, en la hipótesis de que su contenido se halle definido por dicha norma en toda su extensión; pero, en todo caso, la Administración ostenta el poder de incentivar y fiscalizar tal cumplimiento, a cuyo fin se halla legitimada para dirigir intenciones a los destinatarios; bien para recordarles meramente, de modo anticipado y preventivo, la necesidad de proceder a la observancia de dicho deber, bien para advertirles de su incumplimiento y apercibirles de la necesidad de regularizar su situación;
- ii) segunda, la *potestad de requerimiento*, que entra en juego en aquellos supuestos en que los términos concretos del contenido del deber no se hallan definidos de modo total, de manera que se precisa un acto de determinación o definición de la forma y tiempo en que dicho deber debe ser cumplido; tal es el acto de requerimiento que, en contraste con las órdenes (que examinaremos después) posee naturaleza meramente declarativa de la extensión y conteni-



do específicos del deber genéricamente establecido ya en la norma; la liquidación de un tributo es el ejemplo característico; y

iii) tercera, la *potestad sancionadora*, con la que se reprimen los actos de incumplimiento de los deberes así definidos, y que estudiaremos en un capítulo posterior.

2) La *imposición de deberes mediante actos administrativos* (actos denominados clásicamente como *órdenes*, uno de los conceptos de mayor solera del Derecho administrativo continental) posee caracteres diversos.

i) En contraposición al supuesto de imposición reglamentaria de deberes, el acto administrativo no se limita a recordar, declarar o concretar el contenido del deber previamente establecido por una norma, sino que lo crea o constituye por sí mismo. Pero por sí mismo no significa por sí solo: las órdenes no nacen hoy de ningún poder implícito de la Administración, ni del supuesto poder general de policía al que aludimos al comienzo de este capítulo, sino que, como todas las técnicas de ordenación, precisan de una habilitación legal; lo que sucede es que, en este caso, la norma habilitante no crea ni define deberes: atribuye potestades generales o describe objetivos a alcanzar (p. ej., lograr la limpieza de las calles), confiando su realización a la Administración, la cual, para lograrlo, puede dictar órdenes a las personas privadas (en el ejemplo citado, la prohibición de arrojar papeles al suelo).

ii) Las órdenes pueden ser de muy diversos tipos. Además de las clasificaciones entre órdenes *singulares o generales* (según que se dirijan a destinatarios determinados —p. ej., la orden que un policía da al conductor de un vehículo para que se detenga— o a una colectividad sin precisión de personas —p. ej., la orden de desalojo de un local, o de disolver una manifestación—), que es coincidente con la de actos administrativos singulares y generales, y entre *órdenes positivas o mandatos y negativas o prohibiciones*, de obvio contenido, la más relevante es la que distingue entre

— *órdenes preventivas*, que, como su denominación indica, se producen con anterioridad a la producción de una conducta y con la finalidad de evitar riesgos a terceros o al interés público (p. ej., la indicación de un policía de tráfico en el sentido de disminuir la velocidad ante la proximidad de un atasco);

— *órdenes directivas*, cuya finalidad radica en la imposición de una conducta específica con objeto de lograr un determinado fin público (p. ej., orden de sacrificar reses infectadas por una plaga); y

— *órdenes represivas*, dirigidas a la eliminación de una situación ilícita creada por una conducta privada (p. ej., la orden de demolición de una construcción declarada ilegal) y que son distintas de las sanciones administrativas, aunque pueden (y suelen) emitirse de manera conjunta con ellas.

## V. LA ACTIVIDAD DE ORDENACIÓN DE RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

### A) Cuestiones generales

Dentro del tratamiento de la actividad de ordenación debe hacerse una referencia final a un sector de intervención al que la doctrina, desde un conocido trabajo de G. ZANOBINI, aplica la equívoca denominación de “Administración pública del Derecho privado”.

1. Hasta el momento, todas las intervenciones de la Administración que hemos venido analizando se refieren a relaciones y situaciones jurídicas creadas y reguladas por normas o actos de Derecho público. Desde la perspectiva de la teoría liberal clásica, sin embargo, las relaciones personales, familiares y patrimoniales reguladas por el Derecho privado (civil y mercantil) constituían ámbitos vedados a la actividad ordenadora de la Administración: tales relaciones se regulaban exclusivamente por el poder legislativo (mediante leyes, en definitiva, nunca mediante reglamentos), se desarrollaban libremente por los particulares y los conflictos a que daban lugar se resolvían en exclusiva por los órganos del poder judicial.

2. Este modelo ideal nunca se ha ajustado por completo a la realidad. Además de la ordenación general que de estas relaciones se ha hecho por las leyes formales, los restantes poderes públicos han ostentado y ostentan concretas potestades de intervención en las mismas; potestades de carácter singular muy similares a las que hemos analizado con anterioridad en este capítulo:

— por lo general, dichas intervenciones eran realizadas por los propios órganos judiciales, bien que actuando en forma no contenciosa (así,



mediante los actos denominados de jurisdicción voluntaria, regulados en los arts. 1811 y ss. LEC);

- pero también han existido y existen supuestos abundantes de intervención de personas ajenas a la organización judicial, dotadas de un cierto *status* público y de dependencia mixta de las autoridades judiciales y de la Administración, como los Notarios y los Registradores;
- y, asimismo, han existido y existen potestades de intervención atribuidas a puros órganos de la Administración pública; potestades inicialmente excepcionales, que tienen su origen en prerrogativas regias de larga tradición histórica, pero que hoy muestran una clara tendencia a crecer, en cantidad y calidad.

3. Este tercer grupo de potestades son las que debemos analizar en esta parte final del capítulo; un análisis sumario, por cuanto el examen en profundidad del régimen jurídico de estas intervenciones corresponde a otras ramas de la ciencia jurídica. Tales potestades pueden clasificarse, a efectos positivos, en tres grupos, que denominaremos, respectivamente, actividad registral (B), actividad de formalización y control de negocios jurídicos privados (C) y actividad arbitral (D).

## B) La actividad registral

1. A la actividad registral de la Administración ya nos hemos referido anteriormente en este capítulo, al tratar de los deberes de identificación y registro que pesan sobre las personas físicas y jurídicas. Aquí sólo debemos añadir la relevancia que los mecanismos registrales poseen en el campo del Derecho privado y su diferente funcionalidad respecto de los registros constituidos con fines jurídico-públicos: éstos persiguen una finalidad informativa o censal de la Administración (y, en ocasiones, son el vehículo a través del cual se formaliza un sistema de autorizaciones); los Registros jurídico-privados poseen una finalidad predominante de publicidad, material y formal, dirigida a la generalidad de los ciudadanos; persiguen la constancia de hechos y datos con el objetivo de garantizar la certeza pública de los mismos y dar seguridad, en consecuencia, a las relaciones privadas que los toman como base.

2. No es éste, como decíamos, el lugar adecuado para examinar el régimen de estas instituciones registrales, propia del Derecho civil y mercantil. Baste con señalar la existencia de dos tipos básicos de Registros:

- de una parte, los *Registros de personas*, como son el Registro Civil y el Registro Mercantil, dirigidos a la constancia de los datos identificativos básicos de las personas físicas y de las entidades mercantiles, respectivamente; y,
- de otra, los *Registros de actos, cosas o derechos*, de los que existe un número elevado (así, y además del más conocido y característico, como es el Registro de la Propiedad, cabría mencionar los Registros de la Propiedad Industrial, de la Propiedad Intelectual, el de Actos de Última Voluntad, el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, o el de Ventas a Plazos).

## C) La actividad de formalización y control de negocios jurídicos privados

La intervención administrativa sobre las relaciones jurídicas privadas no se limita, empero, a una labor de constancia y registro de datos: afecta también, en muchos casos, a la propia validez y eficacia de los negocios jurídicos privados, sobre las cuales incide la acción administrativa de una triple forma, de progresiva intensidad: mediante la actividad de dación de fe pública (1), mediante una actividad de control de la legalidad y oportunidad del negocio (2), y mediante una actividad constitutiva del mismo (3).

### 1. La dación de fe pública

No es fácil explicar de modo simple (máxime, sin conocimientos depurados de Derecho procesal) en qué consiste el proceso de dación de la fe pública; a ello coadyuva, paradójicamente, su gran simplicidad.

1. La existencia de los negocios jurídicos privados, sus datos extrínsecos (la fecha del documento en que se plasman y la identidad de las personas que intervienen en ellos) y su contenido material (esto es, las declaraciones o pactos que se establecen en sus cláusulas o estipulaciones) no tienen, en principio, ningún valor especial ante los órganos judiciales: todos estos datos han de ser probados ante el juez civil, y pueden ser igualmente rebatidos con cualesquiera pruebas suficientes por las personas a quienes perjudiquen. Los inconvenientes que ello tiene para la seguridad de las transacciones privadas son evidentes, y justifican que, desde antiguo, los Estados hayan procedido a establecer mecanismos que doten a dichos negocios de una especial firmeza y fuerza jurídica probatoria, eximiendo a las partes de su prueba.



2. Estos mecanismos han consistido, tradicionalmente, en el otorgamiento a determinadas categorías de personas, dotadas de un cierto *status* público, de la potestad de intervenir en los actos de celebración de negocios jurídicos privados, certificando o constatando formalmente en el mismo documento su fecha de celebración, la identidad de los participantes y el contenido material del documento que se suscribe; documento del cual queda un ejemplar en el archivo o registro de dichas personas, que sirve de contraste cualificado frente a cualquier duda que pudiera plantearse acerca de su existencia y contenido. En virtud de dicha intervención, los documentos adquieren la naturaleza de documentos públicos (art. 1216 CC) y, en tal condición, "hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste" (art. 1218 CC); esto es, la veracidad de estos datos se impone a todos sin posibilidad de impugnación eficaz (impugnación que sólo es viable demostrando la discrepancia que puede existir entre la copia del documento que se exhibe y su matriz, custodiada por el fedatario, art. 1220 CC).

La función que tales personas desempeñan consiste, por tanto, en dar fe acerca de la existencia y veracidad de los datos que constatan; constatación que posee una especial eficacia, de carácter público (intrínsecamente superior a la que podrían prestar, p. ej., unas personas privadas que actuaran como testigos), derivada de su *status* público y de la función, igualmente pública, de que el Estado les inviste.

3. La potestad de dación de fe pública, de titularidad intrínsecamente estatal, se confiere por el ordenamiento a diversos colectivos de personas. Algunos de ellos son empleados públicos, integrados plenamente en la organización de los poderes públicos, como sucede con los secretarios judiciales (a quienes corresponde "dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales", art. 281.1 LOPJ) y los Secretarios de Administración local (art. 92.3 LBRL).

Sin embargo, los encargados de dar fe de los negocios jurídicos privados son personas dotados de un estatuto a mitad de camino entre lo público y lo privado: concretamente, los Notarios (regulados por la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 y por el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944) y los Corredores de Comercio (regulados por Decrets. arts. 93 y ss. del Código de Comercio y por el Reglamento aprobado por Decreto 853/1959, de 27 de mayo); unos y otros ingresan en sus respectivas profesiones en virtud de pruebas selectivas convocadas por el Estado, que es quien les nombra y quien administra los aspectos fundamentales de su estatuto (situaciones, sanciones y jubilación, p. ej.); pero no se encuentran for-

malmente integrados en organización administrativa alguna, desempeñando su trabajo como profesionales privados (sus oficinas son de su propiedad, de la misma manera que sus empleados no son funcionarios, estando vinculados al Notario o Corredor por una relación laboral; su retribución no proviene de los Presupuestos públicos, sino de las cantidades que, en concepto de arancel, perciben directamente de las personas a quienes prestan el servicio de fe pública).

## 2. La actividad de control

Un nivel más intenso de intervención tiene lugar en aquellos supuestos en los que la ley confiere a la Administración un control sobre el proceso de formación del negocio jurídico privado; control que puede ser tanto de legalidad como de oportunidad, y que puede afectar a la propia validez del negocio (así, en los actos de autorización), o bien sólo a su eficacia (como sucede con las aprobaciones u homologaciones, realizadas *a posteriori*).

Estas potestades de control, normalmente ejercidas por la autoridad judicial (p. ej., autorizando determinados actos del tutor, art. 271 CC) corresponden, en ocasiones, y cada vez con mayor abundancia y normalidad, a autoridades administrativas (p. ej., la autorización que han de obtener las fundaciones privadas para enajenar determinados bienes, art. 19.1 LFund; o la que han de obtener las Cajas de Ahorros para fusionarse con otras, art. 34 del Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo), cuya intervención no constituye una mera obligación de Derecho público, sino un requisito de validez del acto en sí mismo.

## 3. La actividad constitutiva

Por fin, el máximo nivel de intervención tiene lugar en los casos en que la intervención administrativa no se limita a controlar la legalidad u oportunidad del acto realizado por los particulares, sino que es ella misma quien constituye o crea *per se* la relación o situación jurídico-privada.

Al igual que en el caso anterior, esta función constitutiva corresponde, primariamente, a la autoridad judicial (p. ej., la constitución de la adopción o de la tutela); pero, de modo paralelo, existen supuestos (aún excepcionales) en que la competencia para realizar tales actuaciones se atribuye a órganos de la Administración pública: así ocurre con la concesión de la naciona-



lidad en virtud de carta de naturaleza o residencia (art. 21.1 CC), o con la dispensa de determinados impedimentos matrimoniales (art. 48, párr. 1.º CC).

#### D) La actividad arbitral

1. Ha sido mérito del profesor PARADA VÁZQUEZ llamar la atención sobre la aparición de un tipo de actividad administrativa singular, en la que las Administraciones públicas asumen una función decisoria de controversias o conflictos suscitados entre particulares acerca de la titularidad o el ejercicio de un derecho subjetivo, tanto de naturaleza pública como privada.

2. Las causas de la aparición de esta modalidad de actuación son bien conocidas. La intervención administrativa recae sobre múltiples sectores en los que coexisten derechos o intereses privados de carácter patrimonial en estado de potencial conflicto. Dicha intervención introduce, sin embargo, nuevos factores de complicación: de una parte, la Administración asume derechos e intereses que deben ser protegidos en beneficio público; de otra, la intervención administrativa exige la adopción de decisiones ordenadoras que pueden beneficiar a unos sujetos privados frente a otros. De esta forma, pueden producirse múltiples conflictos de interés que enfrentan a los particulares entre sí (bien en razón de sus titularidades patrimoniales, bien por causa de los actos de intervención administrativa) y a éstos con la Administración, en relación con los derechos que ésta adquiere en el sector de actividad.

El ejemplo del urbanismo puede ser clarificador. Los propietarios de suelo pueden entrar en conflicto por razón del ejercicio de sus derechos dominicales; pero la actividad administrativa urbanística hace que la Administración, de una parte, adquiera derechos dominicales sobre determinados bienes inmuebles (p. ej., al construirse los viales, que pasan a ser propiedad pública), los cuales pueden entrar en conflicto con los derechos de propiedad privada (p. ej., acerca del trazado de una calle); y, de otra, la Administración adopta decisiones ordenadoras que pueden suponer un beneficio para unos propietarios y un perjuicio para otros (p. ej., cuando aprueba una reparcación, que entraña una redistribución de los derechos de propiedad, asignando nuevas parcelas a cada propietario).

En principio, una interpretación lineal del principio de división de poderes llevaría a la conclusión de que los conflictos que pudieran suscitarse con ocasión de la titularidad o ejercicio de estos derechos de carácter privado de-

berían ser resueltos por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la *vis atractiva* que posee la intervención administrativa, unida a la imbricación de intereses públicos y privados que se produce en este tipo de conflictos ha llevado tradicionalmente, en España, a conferir a la Administración poderes para decidirlos de forma autoritaria; su decisión puede ser después revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero de esta forma se consuma un completo desapoderamiento de la jurisdicción ordinaria de la competencia para resolver estos conflictos. Esta actividad mediante la que la Administración decide en primera instancia sobre el alcance de estos derechos privados (incluidos aquéllos de los que ella misma es titular) es lo que se conoce con el nombre de actividad arbitral.

Pero en la aparición de este tipo de actividad han jugado otros factores de desconfianza ante la jurisdicción civil: no sólo, como suele decirse, su sujeta lentitud y mal funcionamiento (aspecto en el cual la Administración y la jurisdicción contenciosa no se hallan en mucho mejor estado), sino el recelo histórico ante la jurisdicción ordinaria, a la que se supone menos sensible y conocedora de las necesidades de protección del interés público que, de una u otra forma, subyace en todos estos conflictos.

3. El surgimiento de estos poderes administrativos arbitrales se ha producido de manera empírica y sin sujeción a modelo alguno, pero con una abundancia creciente, que no ha remitido en los últimos años. No es posible, en el marco de una obra de esta naturaleza, dar cuenta detallada de todas estas manifestaciones, de las que sólo cabe mencionar algunas de las más importantes.

a) En el ámbito de las denominadas en Derecho civil *propiedades especiales* son tradicionales las potestades arbitrales de los órganos administrativos. En él cabe reseñar

— la figura de los Jurados de Riego en materia de aguas, a los que corresponde “conocer en las cuestiones de hecho que se susciten entre los usuarios de la Comunidad en el ámbito de las Ordenanzas e imponer a los infractores las sanciones reglamentarias, así como fijar las indemnizaciones que deban satisfacer a los perjudicados y las obligaciones de hacer que puedan derivarse de la infracción” (art. 76.6 LAguas);

— la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, a la que corresponde resolver los conflictos que “puedan producirse entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su re-



peritorio o entre aquéllas y las entidades de radiodifusión" (art. 153 de la Ley de Propiedad Intelectual).

- b) Son también abundantes las facultades arbitrales de la Administración en el ámbito de los *contratos privados intervenidos* o sometidos a regulación pública; así sucede en relación
  - con los arrendamientos rústicos, cuya Ley reguladora 83/1980, de 31 de diciembre, establece unas Juntas Arbitrales con funciones de avenencia previa obligatoria y decisión ejecutiva igualmente previa al planteamiento de acciones ante la jurisdicción ordinaria (art. 121);
  - con los contratos de seguro, en cuyo ámbito existen unas Comisiones de Conciliación "con competencia para conocer de las divergencias que le sean sometidas por las partes referentes a siniestros que afecten a asegurados con domicilio en la provincia respectiva" (art. 109 del Real Decreto 1348/1985, de 1 de agosto);
  - con los contratos de transporte por carretera, en el que las denominadas Juntas Arbitrales del Transporte, que conocen "de las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes" (art. 38.1 LOTT); y
  - en materia de consumo, en la que el art. 31 LDefCons estableció "un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios".
- c) Finalmente, son también muy importantes las potestades arbitrales de la Administración en *materia laboral* y, concretamente, en el ámbito de la resolución de los conflictos colectivos. Entre ellas, puede citarse la potestad del Gobierno de imponer a las partes un arbitraje obligatorio para la solución de las huelgas que causen perjuicio grave a la economía nacional (art. 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo).

4. Sobre la actividad arbitral se ha verificado reiteradamente una *sospecha de inconstitucionalidad*, en cuanto supone la atribución a la Administración de funciones sustantivamente jurisdiccionales, cuyo ejercicio debería reservarse a los órganos del poder judicial.

Tal sospecha, a nuestro entender, carece de fundamento. Ello es claro en relación con aquellos supuestos en los que el sometimiento al arbitraje administrativo posee carácter voluntario para las partes en conflicto: si los sujetos privados pueden someter la decisión de sus conflictos a cualquier persona a través de los mecanismos de la Ley de Arbitraje, no se advierte la razón por la que dicha tarea no puede ser también asumida institucionalmente por la Administración. Pero las cosas no son distintas en los supuestos de arbitraje obligatorio, siempre y cuando la decisión arbitral pueda ser posteriormente impugnada ante un órgano jurisdiccional; un órgano que puede pertenecer al orden jurisdiccional civil, pero que tampoco existe inconveniente de principio para que lo sea del contencioso-administrativo, que es hoy una jurisdicción tan ordinaria como la civil. En todo caso, la aceptación de la crítica supondría poner en cuestión todo el conjunto de potestades decisorias y ejecutivas de la Administración, que la jurisdicción constitucional ha declarado compatibles, en línea de principio, con el texto fundamental.